

BAB II KAJIAN PUSTAKA

A. *Restorative Justice* Kasus Tindak Pidana Anak Perspektif Hukum Positif dan Hukum Islam

1. Tentang Anak

Anak merupakan titipan dari Tuhan Yang Maha Esa yang harus dijaga dan beri kehidupan yang baik terutama orang tua dimana hak-hak pemenuhan adalah kewajiban kedua orang tua yang sudah ditetapkan pada agama Islam. Hukum Islam menetapkan batasan usia anak berdasarkan tanda-tanda seseorang terlepas mereka sudah dewasa atau belum. Anak yang sudah dewasa (*baligh*) atau sempurna akalnya sehingga anak tersebut mampu menanggung secara penuh merupakan anak yang dinyatakan dewasa sebagaimana yang telah diatur dalam hukum Islam. Dalam pengadilan peran orang tua sangat penting untuk mewakili anak dalam segala perbuatan hukum baik di dalam maupun di luar pengadilan namun, apabila orang tua tidak mampu memenuhi kewajibannya maka pihak pengadilan agama akan menunjuk saudara terdekatnya untuk menggantikan kewajiban orang tuanya.

Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak menyatakan anak adalah anak yang berusia 12 (dua belas) tahun dan sebelum berusia 18 (delapan belas) tahun. Pada konvensi hak-hak anak Pasal 1 Nomor 109 Tahun 1990 yang telah diratifikasi atas keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 36 Tahun 1990 dan dijadikan sebagai salah satu pertimbangan ditetapkannya Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak menyatakan “anak adalah seorang manusia yang masih dibawah umur 18 tahun, kecuali kedewasaannya dicapai lebih awal Undang-Undang yang berlaku tentang anak. *Convention on the rights of the child*” Sebagai amanah anak harus dilindungi segala kepentingannya fisik, psikis, pendidikan serta hak-haknya. Namun pada kenyataannya di Indonesia banyak sekali eksploitasi, penelantaran, korban kejahatan seksual dan korban kejahatan lainnya.

Seorang anak akan menjadi karunia apabila orang tua berhasil mendidik seorang anak menjadi seorang yang berhasil dalam dunia dan akhirat.

وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا

Artinya: Dan orang-orang yang berkata ‘Ya Tuhan kami, anugerahkanlah kepada kami istri-istri kami dan keturunan kami sebagai penyenang hati (kami) dan jadikanlah kami bagi orang-orang yang bertakwa’ (Q.S Al-furqan ayat 74).¹

Anak adalah titipan Allah SWT yang wajib ditangani dengan benar. Orang tua akan bekerja keras dan berusaha semaksimal mungkin agar anaknya selalu terjaga. Namun seringkali harapan orang tua sering tidak sesuai apa yang diinginkan, entah disebabkan kurangnya komunikasi antara anak dan orang tua atau minimnya pengetahuan orang tua dalam mendidik anak-anaknya. Menurut fikih dan ushul fiqih anak digolongkan menjadi dua yaitu *mumayiz* dan *gairu mumayiz*. *Mumayiz* merupakan seorang anak yang dapat membedakan baik dan buruk. Sedangkan *gairu mumayiz* merupakan seorang anak yang tidak dapat membedakan antara baik dan buruk suatu hal. Mustafa Ahmad Al-Zarqa berpendapat bahwa masa *mumayiz* dimulai dari umur tujuh tahun sampai dengan akil balig.

Hak anak yang paling utama dalam Islam adalah hak perlindungan. Perlindungan disini terutama dari segala situasi dan kondisi yang tidak menguntungkan, yang dapat membuat anak menjadi terlantar atau membuatnya menjadi manusia yang dimurkai Allah. Islam mengajarkan agar upaya perlindungan dan pengasuhan anak dilakukan jauh sebelum kelahirannya kemuka bumi. Ini dimulai dengan memberi tuntunan kepada manusi dalam memilih pasangan hidup, laki-laki dan perempuan dianjurkan untuk memilih pasangan hidup dari orang-orang yang baik; berakhlak mulia dan beramal saleh. Jauh sebelum menikah, dianjurkan banyak berdoa. Adapun tujuan dari perlindungan anak menurut pandangan Islam adalah untuk

¹ Al-Qur’an, ‘Surah Al-Furqan Ayat 74.

keselamatan dan kesejahteraan anak agar anak dapat mengembangkan potensinya secara aman sesuai dengan tujuan penciptaan manusia.² Perlindungan anak dalam perspektif Hukum Islam lebih bersifat komprehensif yang mengatur dan melakukan perlindungan anak sejak dalam kandungan hingga dewasa.³ Hingga sekarang belum ada aturan yang jelas mengenai batasan umur seseorang yang dikategorikan anak baik dalam KUHP maupun pada Hukum Islam.

Menurut Imam Syafi'i yang dikutip pada buku hukum perjanjian dan hukum islam menyatakan seorang anak apabila laki-laki maupun perempuan telah mencapai umur 15 tahun kecuali laki-laki yang ikhtilan dan perempuan yang sudah mencapai masa haid namun belum mencapai usia 15 tahun.⁴ Berdasarkan KUHP dan KUHP yang dikatakan sebagai anak sehingga mengikuti sidang anak adalah anak yang berumur 8 tahun hingga 18 tahun dan belum pernah menikah. Namun apabila anak tersebut belum mencapai usia 18 tahun tetapi sudah menikah maka akan diajukan ke sidang dewasa.⁵

Berdasarkan Undang-Undang Nomor. 11 Tahun 2012 menyatakan bahwa anak yang dapat diajukan dalam persidangan adalah usia 12 tahun hingga 18 tahun dan belum mencapai 21 tahun dapat diajukan ke persidangan. Namun apabila usia anak kurang dari 14 tahun hanya dapat dikenakan Pasal 69 ayat 2 Undang-Undang Sistem Peradilan Pidana Anak dan apabila usia anak lebih dari 14 tahun dapat dikenakan setengah dari ancaman pidana bagi orang dewasa. Dengan ditetapkan batasan usia minimum 12 tahun maka sejalan dengan konsep hukum islam yang tidak dikategorikan *mumayyiz* atau anak kecil namun tidak

² Chusniatun, *Perlindungan Anak Perspektif Undang-Undang Negara Republik Indonesia dan Islam*, <http://journals.ums.ac.id> ,14 Desember 2022 Pukul 07.20 Wib.

³ Akhmad Farid Mawardi Sufyan, *Perlindungan Anak Dalam Prespektif Hukum Islam*, hal.12.

⁴ Chairumandan Suhrawardi K. Lubis, in *Hukum Perjanjian Dan Hukum Islam* (Jakarta: Sinar Grafika, 1996), p. 10.

⁵ Nashriana, *Perlindungan Hukum Pidana Bagi Anak Di Indonesia* (Jakarta: Rajawali Pers, 2012).

juga dalam kategori baligh sehingga anak tersebut dikategorikan remaja yaitu masa peralihan anak-anak ke masa dewasa sekitar 12 tahun hingga 21 tahun.⁶

Menurut pandangan ulama fiqh berijma bahwa anak yang telah mimpi basah atau anak yang telah menstruasi maka sudah dikatakan baligh atau dewasa. Hal ini sesuai pada firman Allah dalam surat An-Nur ayat 59 yang berbunyi:

وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ ۚ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ ۚ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ

Artinya: “ Dan apabila anak-anakmu telah sampai umur baligh maka hendaklah mereka meminta izin (1409). Demikianlah Allah menjelaskan ayat-ayatnya dan Allah maha mengetahui lagi maha bijaksana.”⁷

Menurut Imam Malik dan Abu Hanifah mengenai batas usia anak sudah melewati 17 tahun walaupun belum pernah mimpi basah dan menurut Abu Hanifah adalah 19 tahun. Sedangkan menurut kompiasi hukum Islam yaitu pada Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang perkawinan Nomor 1 Tahun 1974 sekurang-kurangnya 19 tahun untuk laki-laki dan 16 tahun untuk perempuan.⁸

2. Tindak Pidana Anak

Menurut Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak, anak merupakan seseorang yang belum berusia 18 (delapan belas) tahun yang termasuk juga anak yang masih ada dalam kandungan. Kenakalan anak yang terdapat pada Pasal 1 ayat (2) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang pengadilan anak yaitu anak yang telah melanggar perbuatan terlarang baik yang diatur pada Undang-Undang

⁶ Nandang Sambas, ;(2013),Hal.20’, in *Peradilan Pidana Anak Di Indonesia Dan Instrumen Internasional Perlindungan Anak Serta Penerapannya* (Yogyakarta: Graha Ilmu, 2013), p. 20.

⁷ ‘Q.S An-Nur (24): 59’.

⁸ Peraturan Pemerintah, ‘Pasal 7 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974’.

mapun kehidupan sosial atau anak tersebut melakukan kejahatan tindak pidana. Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 Tentang Sistem Peradilan Pidana Anak menyatakan bahwa anak adalah anak yang telah berumur 12 tahun namun belum berusia 18 tahun yang diduga telah melakukan tindak pidana.

Istilah pidana berasal dari bahasa sanskerta dalam bahasa belanda disebut *straff* sedangkan pada bahasa inggris disebut *penalty* yang artinya hukuman. Pidana menurut Prof. Simon bahwa pidana merupakan suatu penderitaan yang ditimpakan kepada seseorang menurut Undang-Undang Pidana yang telah melakukan pelanggaran terhadap norma yang telah mendapatkan putusan dari hakim.⁹ Upaya penanggulangan kejahatan pada anak bersifat *fragmentair* yaitu hanya melihat upaya pencegahan hanya dari seseorang yang melakukan tindak pidana saja. Undang-Undang Pengadilan Anak telah mengatur sanksi hukum untuk pelaku tindak pidana anak. Sanksi ada dua macam yaitu: pidana dan tindakan (pasal 22). Sanksi hukum berupa pidana tertulis pasal 23 ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 23 ayat 2 dan ayat 3 Undang-Undang Nomor 3 tahun 1997 tentang pengadilan anak yaitu terdiri dari:

- 1) Pidana pokok
 - a. Penjara

Berbeda dengan pidana bagi orang dewasa, penjara bagi pelaku tindak pidana anak lamanya 1/2 (satu per dua) dari ancaman orang dewasa atau selambat-lambatnya 10 (sepuluh) tahun.
 - b. Kurungan

Pidana kurungan pada anak paling lama 1/2 dari maksimum ancaman pidana kurungan bagi orang dewasa.
 - c. Denda

Penjatuhan pidana denda juga sama dengan pidana kurungan dan pidana penjara bagi orang dewasa yaitu 1/2 dari maksimum ancaman denda bagi

⁹ Elwi Denil Dan Nelwitis, *Diklat Hukum Penitensir*, Fakultas Hukum Universitas Andalas. Padang 2002 Hal 13

orang dewasa. Namun dengan tetap pelatihan kerja, koordinasi dengan department sosial atau sukarela dari organisasi sosial masyarakat.

d. Pidana Pengawasan

Pidana pengawasan merupakan jenis pidana baru dimana pidana ini khusus untuk pidana anak yang diawasi oleh jaksa terhadap perilaku anak di kehidupan sehari-hari dan bimbingan oleh pembimbing kemasyarakatan.¹⁰

2) Pidana Tambahan

a. Perampasan barang-barang tertentu

Hukuman perampasan barang sebagai suatu pidana hanya diperknankan atas barang-barang tertentu saja, dan tidak untuk semua barang.

b. Pembayaran ganti rugi

Ganti keruian merupakan hak seseorang untuk mendapat pemenuhan atas tumtutannya yang berupa imbalan sejumlah uang sebagaimana yang telah diatur dalam Undang-Undang.

3. Keadilan Restoratif (*Restorative Justice*)

Restorative justice merupakan bentuk penghukuman yang modern bagi penghukuman pelaku tindak pidana oleh anak. *Restorative justice* merupakan proses penyelesaian yang dilakukan diluar sistem peradilan pidana (*criminal justice system*) yang melibatkan pelaku dan orang tua, korban dan orang tua dan masyarakat agar suatu permasalahan tindak pidana mencapai kesepakatan penyelesaian yang adil. *Restorative justice* dianggap sebagai cara berfikir atau paradigm baru dalam memandang suatu tindak kejahatan yang dilakukan oleh seseorang. *Restorative justice* merupakan konsep pemidanaan yang tidak terbatas pada hukum formil dan materill. Konsep *restorative justice* harus diamati karena, pada kenyataannya belum sepenuhnya menjamin keadilan bagi pihak pelaku, pihak korban, dan masyarakat.

¹⁰ Gatot Supramono, *Hukum Acara Pengadilan Anak*, Penerbit Djambatan, Jakarta 2007, Hal 13

Sebagai pembedaan yang lebih manusiawi *restorative justice* mengedepankan pemulihan dan penggantian kerugian yang terjadi pada korban. Mengembalikan kondisi dan memulihkan sebagaimana terjadinya tindak pidana adalah tujuan dari *restorative justice*. *Restorative justice* berusaha mencakup perasaan insani yang luas, perbaikan, penyembuhan, pemberian maaf, kasih sayang, *rekonsiliasi*, dan pemberian sanksi apabila memang diperlukan. Tindakan yang menyakitkan harus disembuhkan dengan memberi pertanggung jawaban oleh pelaku dan memberikan dukungan terhadap korban. Prinsip *restorative justice* merupakan hasil penyelidikan dengan cara membandingkan dari pendekatan keadilan dan pendekatan kesejahteraan. Teori dari John Braithwaite yang dikenal dengan istilah *reintegrative shaming* yaitu *restorative justice* berlandaskan pada prinsip *due process* bekerjanya sistem peradilan pidana anak, yang sangat menghormati hak-hak tersangka, seperti hak tidak diberlakukan sebagai orang yang tidak bersalah sampai dengan mendapat putusan dari pengadilan, hak untuk membela diri dan hak untuk mendapat hukuman yang proposional dengan kejahatan yang dilakukan oleh anak harus diutamakan.¹¹

Penanganan kejahatan yang terjadi bukan hanya tanggung jawab dari Negara tetapi juga tanggung jawab oleh masyarakat. Kejahatan yang menimbulkan kerugian harus dipulihkan kembali berupa ganti rugi, pekerjaan sosial, atau melakukan kegiatan tertentu sesuai keputusan bersama yang telah disepakati oleh semua pihak. Tujuan utama dari *restorative justice* yaitu pertama, penggantian kerugian kepada korban dan pengakuan pelaku terhadap luka yang diderita akibat tindakannya. Kedua, memperbaiki tindakan yang melanggar hukum dengan kesadaran sebagai landasan memperbaiki kehidupan di lingkungan masyarakat. Ketiga, merestorasi kesejahteraan sosial dimana korban biasanya diabaikan dalam proses peradilan harus berperan aktif dalam proses peradilan.

¹¹ Gatot Supramono, *Hukum Acara Pengadilan Anak*, Penerbit Djambatan, Jakarta 2007, Hal 13

Perkembangan mengenai *restorative justice* di Negara eropa, Canada, amerika serikat, New Zealand terdapat 4 jenis praktik *restorative justice*:

1. *Victim offender* yaitu memberikan kesempatan bagi korban bertemu langsung dengan aman, resmi dan teratur dengan pelaku untu penyembuhan dan menghilangkan trauma dengan kurun waktu yang relatif lama. Pada saat pelaku dan korban menceritakan masing-masing mediator akan membantu mereka untuk mempertibangkan jalan penyelesaiannya dan pemecahannya.
2. *Family group conferencing* merupakan *family group conferencing* dilakukan untuk memberi kesempatan pada korban agar terlibat langsung dalam diskusi dan pembuatan keputusan mengenai pelanggaran yang terjadi pada dirinya serta mendengarkan secara langsung penjelasan langsung dari pelaku tentang perbuatannya. Sehingga keluarga bersama-sama menentukan sanksi bagi pelaku setelah mediasi berlangsung.
3. *Circles* sama dengan *conferencing* dengan pelaksanaan memperluas partisipasi dalam proses mediasi diluar korban dan pelaku utama. *Cicles* merupakan terlaksanakannya penyembuhan pada pihak yang terluka karena perbuatan pelaku dan memberikan kesempatan bagi pelaku untuk memperbaiki dirinya agar bertanggung jawab dalam masalah.
4. *Restorative board* atau *youth panels* yaitu mediator yang memfasilitasi pertemuan adalah orang-orang yang berpendidikan khusus mediasi. Pertemuan ini dilakukan dengan tatap muka yang dihadiri oleh semua pihak dan juga oleh pihak pengadilan dimana pada pertemuan ini membahas perbuatan negatif yang telah dilakukan dan konsekuensi yang harus ditanggung oleh pelaku.

4. *Restorative Justice* Menurut Islam

Bukti dari *restorative justice* adalah kejahatandipandang sebagai suatu tindakan sosial atau

pelanggaran terhadap individu yang tidak haya sebagai pelanggaran pidana terhadap Negara. *Restorative justice* menempatkan nilai yang tinggi dalam keterlibatan para pihak yang menekankan pada kebutuhan untuk mengenal dampak yang berakibat dari ketidakadilan sosial dengan cara yang sederhana. Dalam konteks hukum pidana islam keterlibatan antara korban tindak pidana dengan terakomodir diyat.¹² Sebagaimana terdapat pada firman Allah SWT surat Al-Baqarah (2): 178-179:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ۚ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ
وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ ۚ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ
بِإِحْسَانٍ ۚ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ۚ فَمَنْ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَعَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ
وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ يَتَّقُونَ

Artinya: “Hai, orang-orang yang beriman, diwajibkan atas kamu qishash berkenaan dengan orang-orang yang dibunuh; orang merdeka dengan orang merdeka, hamba dengan hamba, dan perempuan dengan perempuan. Namun barang siapa memperoleh maaf dari saudaranya, hendaklah ia mengikuti dengan baik, dan membayar diyat (tebusan) kepadanya dengan baik pula. Demikian itu adalah keringanan serta rahmat dari Tuhanmu. Barang siapa melampaui batas setelah itu, maka ia akan mendapat adzab yang sangat pedih. Dan dalam qishas terdapat (jaminan) kehidupan bagimu, wahai orang-orang yang berakal, agar engkau bertakwa.”

Para ulama menegaskan bahwa hak dalam pidana Islam terbagi antara hak Allah dan hak manusia. Penerapan suatu kebijakan non penal dalam islam, telah lama diterapkan pada jarimah qishas-diyat pada tindak pidana pembunuhan dan penganiayaan yang mana dalam hukum pidana Indonesia dikategorikan dalam hukum

¹² Imam Al-Mawardi, *Al-Ahkam As-Sulthaniyah alih bahasa fadil Bahri*, Cet ke-3 (Jakarta: Darul Falah, 2007), 365.

pidana yang sangat berat dan tidak bisa diupayakan damai. Menurut As-Sayid Sabiq ketentuan dalam surat Al-Baqarah (2): 178-179 yang berkaitan dengan hukum *qishas diyat* mengandung beberapa pemikiran yaitu:

- 1) *Qishas* adalah bentuk hukum jahiliyah yang diskriminatif.
- 2) *Qishas-diyat* merupakan hukum alternatif.
- 3) Allah memberi keringanan dengan adanya hukum *qishas*.
- 4) Terdapat rekonsiliasi antara pihak yang bersangkutan.
- 5) Menjamin keberlangsungan hidup dan sebagai pencegah melakukan tindak pidana yang berat.¹³

Dalam doktrin Islam menurut Marcel A Boisard, keadilan merupakan pusat gerak dari nilai-nilai moral pokok.¹⁴ Dalam hukum islam *restorative justice* merupakan suatu prinsip yang sangat penting yang mencakup keadilan individu dan keadilan sosial sebagaimana selalu mempertimbangkan individu, sosial, dan moralitas bukan hanya sebatas dengan penerapan *legal justice*.

5. Hukum Positif

Hukum positif atau biasa disebut dengan *ius constitute* adalah kumpulan asas dan kaidah hukum yang tertulis yang berlaku dan mengikat secara umum dan ditegakkan di negara Indonesia yang telah dijelaskan secara terperinci di situs mahkamah agung.¹⁵ Hukum positif dapat diklasifikasi kedalam berbagai macam pengelompokan, yaitu antara lain dilihat dari sumbernya, bentuknya, isi materinya dan lain sebagainya yaitu:

¹³ Sayid Sabiq, *Fikih Sunnah, Jilid 10, Alih Bahasa H. A. Ali Ke 71* (Bandung: Al-Maarif, 1995) 26-29.

¹⁴ Muhammad tahir azhari, *negara hukum: suatu studi tentang prinsip-prinsipnya dilihat dari segi hukum islam, implementasinya pada priode Negara madinah dan masa kini cetakan 4*, (jakarta: kencana prenatal media group, 2018, hal 121).

¹⁵ I gede pantja astawa, *dinamika hukum dan ilmu perundang undangan di Indonesia*, (Bandung PT alumni, 2008) hal.56.

1. Sumber Hukum Positif yaitu sumber hukum dapat diartikan sebagai-bahan yang digunakan sebagai dasar oleh pengadilan dalam memutus perkara.¹⁶ Menurut Sudikno, kata sumber hukum sering digunakan dalam beberapa arti, yaitu:
 - a) Sebagai asas hukum, sebagai sesuatu yang merupakan permulaan hukum, misalnya kehendak Tuhan, akal manusia jiwa bangsa dan sebagainya.
 - b) Menunjukkan hukum terdahulu yang memberi bahan kepada hukum sekarang yang berlaku, seperti hukum Perancis, hukum Romawi.
 - c) Sebagai sumber berlakunya, yang memberi kekuatan berlaku secara formal kepada peraturan hukum (penguasa, masyarakat).¹⁷

Sebagai sumber darimana kita dapat mengenal hukum mengenai dokumen, undang-undang, lontar, batu bertulis, dan sebagainya. Sebagai sumber hukum. Sumber yang menimbulkan aturan hukum. Sumber hukum sendiri diklasifikasikan kedalam dua dua bentuk yaitu sumber hukum formil dan sumber hukum materiil. Sumber hukum formil menjadi determain formil membentuk hukum (*formele determinanten van de rechtsvorming*), menentukan berlakunya hukum. Sedangkan sumber sumber hukum materiil membentuk hukum (*materiele determinanten van de rechtsvorming*), menentukan isi dari hukum. Sumber hukum yang formil adalah:

a) Undang-undang

Undang-undang adalah suatu peraturan yang mempunyai kekuatan hukum mengikat yang dipelihara oleh penguasa negara. Contohnya Undang-undang, Peraturan Pemerintah, Peraturan perundangundangan dan sebagainya.¹⁸ Undang-undang sering digunakan dalam dua pengertian, yaitu Undang-undang dalam arti

¹⁶ [Http://Perpustakaan.Mahkamah.Agung.Go.Id/](http://Perpustakaan.Mahkamah.Agung.Go.Id/), Diakses Pada Tanggal 14 Desember 2022, Pukul 06.13 WIB.

¹⁷ Budi Ruhiatudin, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Yogyakarta: Teras), 2009, Hal. 29-30.

¹⁸ [Http://My-Blog-Sumber-Hukum//.Com](http://My-Blog-Sumber-Hukum//.Com). Diakses Pada Tanggal 1 Desember, Pukul 12. 56 WIB

formal dan Undang-undang dalam arti material. Undang-undang dalam arti formal merupakan keputusan atau ketetapan yang dilihat dari bentuk dan cara pembuatannya disebut Undang-undang. Undang-Undang dalam arti material adalah keputusan atau ketetapan yang dilihat dari isinya disebut Undang-undang dan mengikat setiap orang secara umum. Dalam pengertian ini yang menjadi perhatian adalah isi peraturan yang sifatnya mengikat tanpa mempersoalkan segi bentuk atau siapa pembentuknya. Undang-undang dalam arti material sering juga disebut dengan peraturan (*regeling*) dalam arti luas. Undang-Undang dalam arti formal tidak dengan sendirinya sebagai Undang-Undang dalam arti material. Demikian sebaliknya.¹⁹ Sumber hukum ini, demikian pula ketentuan hukumnya dibuat oleh pemerintah dengan persetujuan para wakil masyarakat dengan mengingat kepentingan hidup bersama bagi seluruh anggotanya dalam *lebensraum* atau ruang kehidupan yang tertib, aman dan penuh kedamaian. Sama halnya dengan sumbernya, kaidah hukum yang bersumber pada perundang-undangan ini harus berfungsi, yang dalam hal ini terdapat beberapa syarat yang harus dipenuhi, yaitu lembaga yang berwenang. Di Indonesia lembaga yang berwenang adalah Presiden dan DPR (Undang-Undang Dasar Sementara 1950 Pasal 89 Undang-Undang Dasar 1945 Pasal 5 ayat (1) jo. Pasal 20 ayat (1). Undang-undang dalam arti material adalah keputusan atau ketetapan yang dilihat dari isinya disebut Undang-undang dan mengikat setiap orang secara umum. Dalam pengertian ini yang menjadi perhatian adalah isi peraturan yang sifatnya mengikat tanpa mempersoalkan segi bentuk atau siapa pembentuknya. Undang-Undang dalam arti material sering juga disebut dengan peraturan (*regeling*) dalam arti luas. Undang-Undang dalam arti formal tidak

¹⁹ <http://Sumber-sumber-hukum/pustaka-sekolah//.com>. Diakses pada tanggal 3 Desember 2022, pukul 12.10 wib.

dengan sendirinya sebagai Undang-Undang dalam arti material.²⁰

b) Adat dan Kebiasaan

Hukum adat asal usulnya bersifat sakral. Hukum adat berasal dari kehendak nenek moyang, agama, dan tradisi rakyat, seperti dipertahankan dalam keputusan para penguasa adat. Sedangkan kebiasaan yang dipertahankan para penguasa yang tidak termasuk lingkungan perundang-undangan, bagian besarnya adalah kontra antara bagian barat dan timur. Tetapi hukum kebiasaan ini dapat diresepsi dalam hukum Indonesia nasional yang asli. Hukum adat bagian besarnya terdiri atas kaidah-kaidah yang tidak tertulis, tetapi ada juga hukum adat yang tertulis. Sedangkan kebiasaan semuanya terdiri dari kaidah yang tidak tertulis.

c) Traktat

Traktat merupakan perjanjian yang diadakan dua negara atau lebih. Biasanya memuat peraturan-peraturan hukum. Jenis-jenis traktat di antaranya yaitu Traktat Bilateral, yaitu traktat yang terjadi antara dua negara saja. Traktat Multilateral yaitu traktat yang dibuat oleh lebih dari dua negara. Traktat Kolektif, yaitu traktat multilateral yang membuka kesempatan bagi mereka yang tidak ikut dalam perjanjian itu untuk menjadi anggotanya.

d) Yurisprudensi

Yurisprudensi berasal dari kata *yurisprudentia* (bahasa Latin) yang berarti pengetahuan hukum (*rechgeleerdeid*). Kata yurisprudensi sebagai istilah teknis Indonesia sama artinya dengan kata "yurisprudentia" dalam bahasa Perancis, yaitu peradilan tetap ataupun bukan peradilan. Kata yurisprudensi dalam bahasa Inggris berarti teori ilmu hukum (*algemeeme rechtsleer: General theory of law*), sedangkan untuk pengertian yurisprudensi

²⁰ <http://Sumber-sumber-hukum/pustaka-sekolah//.com>. Diakses pada tanggal 1 Desember, pukul 12.10 wib.

dipergunakan istilah-istilah case law atau judge Made Law. Kata yurisprudensi dalam bahasa Jerman berarti ilmu hukum dalam arti sempit. Kemudian dari segi praktik peradilan yurisprudensi adalah keputusan hakim yang selalu dijadikan pedoman hakim lain dalam menuntaskan kasus-kasus yang sama.²¹

e) Doktrin

Doktrin adalah pendapat ahli hukum yang terkenal. Sebagaimana yang dikutip dari pernyataan Sudikno, yaitu doktrin adalah pendapat para sarjana hukum yang merupakan sumber hukum tempat hakim dapat menemukan hukumnya. Seringkali terjadi bahwa hakim dalam keputusannya menyebut sarjana hukum. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa hakim menemukan hukumnya dalam doktrin itu. Doktrin yang demikian itu adalah sumber hukum formil.²² Doktrin yang belum dapat digunakan hakim dalam mempertimbangkan kekuasaannya belum merupakan sumber hukum formil. Jadi untuk dapat menjadi sumber hukum formil, doktrin harus memenuhi syarat tertentu. Doktrin yang telah menjelma menjadi putusan hakim. Selanjutnya yang termasuk dalam sumber hukum materil adalah Perasaan hukum seseorang atau pendapat umum, Agama, Kebiasaan, Politik hukum daripada pemerintah.

Hukum meliputi berbagai peraturan yang menentukan dan mengatur perhubungan orang yang satu dengan yang lainnya, yakni peraturan-peraturan hidup bermasyarakat yang dinamakan dengan “kaedah hukum”.²³ Barangsiapa yang dengan sengaja melanggar suatu kaedah hukum akan dikenakan sanksi (sebagai akibat pelanggaran kaedah hukum) yang berupa hukuman. Fungsi dan Tujuan Hukum Positif Menurut keterangan yang telah dikemukakan para ahli hukum, kemudian dapat dinyatakan bahwa hukum akan selalu melekat pada manusia bermasyarakat. Dengan

²¹ E. Utrecht, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia* 159-160

²² E. Utrecht, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, hal. 115

²³ Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, hal. 40

berbagai peran hukum, Hukum memiliki fungsi untuk menertibkan dan mengatur pergaulan dalam masyarakat serta menyelesaikan masalah-masalah yang timbul. Lebih terperinci, fungsi hukum dalam perkembangan masyarakat terdiri dari:²⁴

- a. Sebagai alat pengatur tata tertib hubungan masyarakat dalam arti, hukum berfungsi menunjukkan manusia mana yang baik, dan mana yang buruk, sehingga segala sesuatu dapat berjalan tertib dan teratur.
- b. Sebagai sarana untuk mewujudkan keadilan sosial lahir dan batin. Dengan sifat dan ciri-ciri hukum yang telah disebutkan, maka hukum diharapkan dapat memberi keadilan, dalam arti dapat menentukan siapa yang salah dan siapa yang benar, dapat memaksa agar peraturan dapat ditaati dengan ancaman sanksi bagi pelanggarnya.
- c. Sebagai sarana penggerak pembangunan. Daya mengikat dan memaksa dari hukum dapat digunakan untuk menggerakkan pembangunan. Di sini hukum dijadikan sebagai alat untuk membawa masyarakat kearah yang lebih maju.
- d. Sebagai penentuan alokasi wewenang acara terperinci siapa yang berwenang melakukan pelaksanaan (penegak) hukum, siapa yang harus mentaatinya, siapa yang memilih sanksi yang tepat dan adil seperti konsep hukum konstitusi Negara.
- e. Sebagai alat penyelesaian sengketa. Contohnya dalam persengketaan harta waris dapat segera selesai dengan ketetapan hukum waris yang sudah diatur dalam hukum perdata.
- f. Memelihara kemampuan masyarakat untuk menyesuaikan diri dengan kondisi kehidupan yang berubah, yaitu dengan cara merumuskan kembali hubungan-hubungan antara anggota-anggota masyarakat.

Anak sebagai pelaku tindak pidana kekerasan seksual, hal tersebut menjadi pokok bahasan yang sering

²⁴ R. Soerso , *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: sinar grafika, 2004) hal

dibicarakan dan didiskusikan melalui forum-forum yang bersifat nasional dengan jaminan perlindungan terhadap anak dan tanggung jawab atas anak itu sendiri. Dengan memperhatikan hukum positif yang berlaku pada aspek kepentingan anak sebagai pelaku pidana kekerasan seksual berdasarkan konvensi Hak Anak yang terdapat dalam Undang-Undang 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan anak ada empat prinsip umum mengenai perlindungan anak antara lain prinsip non diskriminasi, prinsip kepentingan terbaik anak, prinsip hak hidup dan perkembangan serta prinsip penghargaan terhadap pendapat anak (*respect for the views of the child*).²⁵

6. Hukum Islam

Hukum Islam adalah sistem hukum yang bersumber dari wahyu agama, sehingga istilah hukum Islam mencerminkan konsep yang jauh berbeda jika makna hukum Islam (*syari'ah*) adalah jalan ke sumber (mata) air, dahulu (di Arab) orang mempergunakan kata *syari'ah* untuk sebutan jalan setapak menuju ke sumber (mata) air yang diperlukan manusia untuk minum dan membersihkan diri.²⁶ Sedangkan Joseph Schacht mengartikan Hukum Islam sebagai totalitas perintah Allah yang mengatur kehidupan umat Islam dalam keseluruhan aspek menyangkut penyembahan dan ritual, politik, dan hukum.²⁷ Hukum Islam memiliki karakteristik tersendiri yang berbeda dengan karakteristik sistem hukum lain yang berlaku di dunia. Berbedanya karakteristik ini disebabkan karena hukum Islam berasal dari Allah SWT, bukan buatan manusia yang tidak luput dari kepentingan individu dan hawa nafsu. Salah satu karakteristik hukum Islam adalah menyedikitkan beban agar hukum yang ditetapkan oleh Allah ini dapat dilaksanakan oleh manusia agar dapat

²⁵ M, Nasir *Anak Bukan Untuk Dihukum*, (Jakarta : sinar grafiKa, 2013) hal 1.

²⁶ Muhamad Daud Ali, *Hukum Islam*, (Jakarta: Rajawali Press, 1998), hal 235.

²⁷ Nourzaman Shiddiqi, *Hukum Islam*, (Jakarta: Pustaka Jaya, 1993), hal. 603

tercapai kebahagiaan dalam hidupnya.²⁸ Hasbi Ashiddieqy mengemukakan bahwa hukum Islam mempunyai tiga karakter yang merupakan ketentuan yang tidak berubah, yakni:

- a. *Takamul* (sempurna, bulat, tuntas). Maksudnya bahwa hukum Islam membentuk umat dalam suatu ketentuan yang bulat, walaupun mereka berbeda-beda bangsa dan berlainan suku, tetapi mereka satu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan.
- b. *Wasyathiyat* (harmonis), yakni hukum Islam menempuh jalan tengah, jalan yang seimbang dan tidak berat sebelah, tidak berat kekanan dengan mementingkan kejiwaan dan tidak berat kekiri dengan mementingkan perbedaan. Hukum Islam selalu menyeelarkan di antara kenyataan dan fakta dengan ideal dari cita-cita.
- c. *Harakah* (dinamis), yakni hukum Islam mempunyai kemampuan bergerak dan berkembang, mempunyai daya hidup dan dapat membentuk diri sesuai dengan perkembangan dan kemajuan zaman. Hukum Islam terpencah dari sumber yang luas dan dalam, yang memeberikan kepada manusia sejumlah hukum yang positif dan dapat dipergunakan pada setiap tempat dan waktu.²⁹

Dengan demikian sebuah Negara dapat mengambil kebijakan khusus apabila mendapati masalah pidana anak Negara bisa memaksa orang tua atau wali agar mendidik anaknya atau dengan Negara mengambil anak dari pengasuhnya dan menyerahkan pada pengasuh lain yang dianggap mampu dari saudara terdekat yang berhak atas pengasuhan anak tersebut. Jika anak tidak memiliki keluarga atau wali maka Negara berkewajiban mendidik dan memutus agar anak diberikan di lapas anak. Hukum yang ditegakkan dalam islam memiliki dua aspek yaitu pencegahan dan pendidikan. Dengan diterapkannya

²⁸ Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2006), hal. 94

²⁹ Hasbi Ash-Shiddiqy, *Filsafat Hukum Islam*, (Semarang: PT. Pustaka Rizki Putra, 2001), hal. 105-108.

dua aspek tersebut maka akan terbentuk moralitas yang baik dan menjadikan masyarakat aman, tentram, damai dan penuh keadilan dengan moral yang diandasi agama maka akan membawa perilaku manusia sesuai dengan tuntutan agama.³⁰

B. Penelitian Terdahulu

Pada penelitian ini penulis melakukan tinjauan terhadap penelitian terdahulu berupa jurnal-jurnal hukum dan skripsi agar tidak terjadi plagiarisme. Adapun penelitian terdahulu yang menjadi acuan antara lain yaitu:

Jurnal yang berjudul “Penanganan Perkara Anak Melalui *Restorative Justice*” yang ditulis oleh Lilik Purwastuti Yudaningsih membahas mengenai penanganan perkara anak melalui *restorative justice* yang dilakukan guna untuk menjamin martabat anak dengan tetap mempertimbangkan keadilan bagi korban anak. Dalam penanganan tindak pidana pelaku anak atau orang tua, korban anak atau orang tua dan tokoh masyarakat terlibat dalam penyelesaian tindak pidana oleh anak. Berdasarkan pasal 52 Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak seorang hakim yang menangani perkara harus mengupayakan diversifikasi di ruang mediasi Pengadilan Negeri yang apabila diversifikasi berhasil maka akan dibuat penetapan dan apabila tidak berhasil maka dilanjutkan ke persidangan.³¹

Jurnal yang berjudul “implementasi konsep diversifikasi sebagai aktualisasi *restorative justice* terhadap anak yang berhadapan dengan hukum (studi kasus di pengadilan negeri purworejo)” yang ditulis oleh Agus Budi Santoso dan Dea Serlia membahas mengenai pelaksanaan diversifikasi dan penanganan anak yang belum berumur 12 (dua belas) tahun. Efektivitas dari penerapan diversifikasi sebagai aktualisasi *restorative justice* terhadap seorang anak yang berhadapan dengan hukum sudah efektif dari data 2014 hingga 2022 yang dilihat dari faktor

³⁰ Makrus Munajat, *Demokrasi Hukum Pidana Islam*, (Yogyakarta: Logung Pustaka, 2004) Hal 53.

³¹ Lilik Purasti Yudaningsih, *Penanganan Perkara Anak Melalui Restorative Justice*, Jurnal Ilmu Hukum, 2014

Undang-Undang, faktor penegak hukum, faktor sarana atau fasilitas, faktor masyarakat dan faktor kebudayaan.³²

Skripsi yang berjudul “implementasi diversifikasi terhadap pelaku tindak pidana anak (studi kasus di Kejaksaan Negeri Sleman)” yang ditulis oleh Zusana membahas mengenai penerapan diversifikasi pada tahap awal proses penuntutan di Kejaksaan Negeri Sleman yang berdasarkan pada pasal 8-9 dan pasal 42 Undang-Undang Sistem Peradilan Pidana Anak. Skripsi ini membahas mengenai betapa pentingnya diversifikasi agar kesepakatan yang dikeluarkan sesuai dan disepakati oleh semua pihak yang terlibat.³³

Jurnal yang berjudul “*restorative justice concept on jarimah qishas in Islamic criminal law*” yang ditulis oleh Zainuddin membahas mengenai bentuk penyelesaian *restorative justice* pada jarimah qishas dalam hukum pidana Islam dilakukan dengan cara perdamaian dan pemaafan agar tercipta keadilan bagi pelaku dan korban. *Restorative justice* dalam hukum pidana Islam diatur pada Q.S al-hujarat (49) ayat 10 dan Q.S Asy-syuura (42) ayat 40 dimana perdamaian dan pemaafan merupakan premium remidius dan sanksi pidana adalah ultimum remidius dalam hukum pidana Islam dengan sebaliknya sanksi pidana merupakan premium remidius pada hukum pidana modern.³⁴

Jurnal yang berjudul “*restorative justice* bagi anak pelaku tindak pidana pembunuhan dalam perspektif pidana Islam” yang ditulis oleh Hasuri membahas mengenai konsep *restorative justice* yang terlihat pada pidana Islam dalam penjatuhan berupa hukuman mati (qisas), membayar denda (diyathah), hukuman dari pengadilan (ta’jir) yang bersifat alternatif bukan kumulatif. Ketentuan pemberian maaf pada pidana Islam tidak mensyaratkan batasan usia pelaku yang

³² Agus Budi Santoso Dan Dea Herlia, *Implementasi Konsep Diversifikasi Sebagai Aktualisasi Restorative Justice Terhadap Anak Yang Berhadapan Dengan Hukum* (Studi Kasus Di Pengadilan Negeri Purworejo), Eksaminasi : Jurnal Hukum 2 No 22 (2022)

³³ Mayasari, *Implementasi Diversifikasi Terhadap Pelaku Tindak Pidana Anak (Studi Kasus Di Kejaksaan Negeri Sleman)*, Kearsipan UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, 2015

³⁴ Zainuddin, *Restorative Justice Concept On Jarimah Qishas In Islamic Criminal Law*, Jurnal Dinamika Hukum 17 No. 3 (2017)

artinya semua pelaku dewasa maupun anak dibawah umur berbeda dengan hukum positif di Indonesia yang hanya berlaku pada anak dibawah 18 tahun.³⁵

Tesis yang berjudul “*restorative justice* pada hukum pidana anak indonesia dalam perspektif hukum islam” yang ditulis oleh chindya pratisti puspa devi membahas tentang jarimah ta’zir dimana perbuatan yang dilakukan merupakan pencurian ringan dan tidak mencapai nisab. Aparat penegak hukum yang menangani Anak Berhadapan Hukum (ABH) selalu megedepankan konsep keadilan restoratif. Undang-Undang yang dibuat Negara juga bisa dikatakan hukuman ta’zir dalam hukum islam merupakan hukuman yang bersifat mendidik.³⁶

Berdasarkan penelitian diatas terdapat perbedaan dan persamaan. Persamaan dari penelitian ini dengan penelitian sebelumnya adalah dalam hal *restorative justice* yang menerapkan konsep keadilan. Konsep *restorative justice* digunakan untuk pembentukan kembali keadilan melalui sebuah kesepakatan yang melibatkan pelaku, korban, orang tua dan masyarakat. Konsep ini sejalan dengan hukum islam yang bertujuan untuk mendamaikan pihak yang berkonflik bahwa *restorative justice* lebih mengedepankan musyawarah dalam penyelesaian perkara dengan langkah-langkah lain untuk menghindari hukuman yang retributif. Hal ini membuktikan bahwa *restorative justice* mengedepankan musyawarah dalam penyelesaian perkara. Sedangkan perbedaan dalam penelitian ini adalah penulis fokus terhadap implementasi *restorative justice* sebagai proses penyelesaian perkara pidana anak di Pengadilan Negeri Jepara yang penulis analisis dengan perspektif hukum positif dan hukum Islam.

³⁵ Hasuri, *Restorative Justice Bagi Anak Pelaku Tindak Pidana Pembunuhan Dalam Perspektif Pidana Islam*, Ajudikasi : Jurnal Ilmu Hukum 2 No. 1 (2018)

³⁶ Chindya Pratisti Puspa Devi, “*Restorative Justice Pada Hukum Pidana Anak Indonesia Dalam Perspektif Hukum Islam*”, (Disertasi, UIN Syarif Hidayatulah Jakarta, 2014) 145-147

C. Kerangka Berfikir

Restorative justice merupakan suatu proses dimana semua pihak yang terlibat bersama-sama memecahkan agar lebih baik dan tidak berdasarkan pembalasan. Anak sebagai pelaku bekerja dengan aktif memulihkan kerugian korban untuk mendukung penuh kewajiban pelaku yang harus dijalankan. Penanganan perkara anak dilakukan dengan cara kekeluargaan sebisa mungkin agar anak terhindar dari lembaga peradilan sebagai upaya terakhir setelah berbagai upaya kekeluargaan yang ditempuh.

